



21.501 n Pa.Iv. Indirekter Gegenentwurf zur Gletscher-Initiative. Netto-Null-Treibhausgasemissionen bis 2050

Artikel 71a E-Energiegesetz gemäss Beschluss des Ständerats vom 15.09.2022; Verfassungsmässigkeit

Datum: 19. September 2022
An: UREK-N
Kopie an: BFE, BAFU, GS-UVEK, GS-EJPD

Aktenzeichen: 665.1-978/53/1

1 Zusammenfassung und Auftrag

Der Ständerat hat am 15.09.2022 im Rahmen des Geschäfts 21.501 einen Entwurf 4 zu einem - im Sinne von Artikel 165 der Bundesverfassung (BV, SR 101) als dringlich zu erklärenden - "Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter (Änderung des Energiegesetzes)" abgespaltet.

Im Auftrag des Präsidenten der UREK-N untersucht diese Notiz die Vereinbarkeit des Entwurfs 4 mit der Bundesverfassung sowie mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Die Artikel 45a, 45b, und 75a E-EnG geben zu keinen verfassungsrechtlichen Bedenken Anlass und bilden nicht weiter Gegenstand dieser Notiz.

Betreffend Artikel 71a E-EnG kommt die Notiz zum Schluss, dass diese Bestimmung mit verschiedenen Vorgaben der geltenden Verfassung nicht vereinbar ist. Entscheidet das Parlament, an Artikel 71a E-EnG in der Fassung gemäss Ständerat festzuhalten, untersteht der Entwurf 4 dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen (Art. 165 Abs. 3 i.V.m. Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV). Die **Referendums- und Inkrafttretensbestimmung** müsste dabei wie folgt gefasst werden:

"II

¹ Dieses Gesetz wird dringlich erklärt (Art. 165 Abs. 1 BV). Es wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet (Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV).

² Es tritt am [Tag nach seiner Verabschiedung durch das Parlament] in Kraft und gilt bis zum 31. Dezember 2025."



2 Artikel 71a E-Energiegesetz

Der Ständerat hat am 15.09.2022 die Aufnahme folgender Bestimmung ins Energiegesetz (EnG; SR 730.0) beschlossen:

Art. 71a Übergangsbestimmungen zur Produktion von zusätzlicher Elektrizität aus Photovoltaik-Grossanlagen

▽ Ausgabenbremse (Abs. 3)

¹ Für Photovoltaik-Grossanlagen mit einer jährlichen Mindestproduktion von 10 GWh, wovon mindestens 45 Prozent im Winterhalbjahr (1. Oktober – 31. März) anfallen, und die dazugehörenden Anschlussleitungen gilt, bis schweizweit insgesamt solche Anlagen bis zu einer Gesamtproduktion von 2 TWh erstellt sind, dass:

- a. ihr Bedarf ausgewiesen ist;
- b. sie standortgebunden sind;
- c. für sie keine Planungspflicht und UVP-Pflicht besteht;
- d. das Interesse an ihrer Realisierung den anderen nationalen und kantonalen Interessen vorgeht; und
- e. sie in Mooren und Moorlandschaften nach Bundesverfassung Artikel 78 Absatz 5 ausgeschlossen sind.

² Die Bewilligung wird durch den Kanton erteilt, wenn die Standortgemeinde und die betroffenen Grundstückseigentümer der Photovoltaik-Anlage zugestimmt haben.

³ Anlagen nach Absatz 1, die bis zum 31. Dezember 2025 mindestens teilweise an das Stromnetz angeschlossen werden, erhalten vom Bund eine Einmalvergütung von 50 bis 60 Prozent an die effektiven Investitionskosten. Die Netzanschlussinvestitionskosten werden vollständig dem Netzzuschlagsfonds belastet. Der Bundesrat legt die Ansätze fest.

⁴ Die Anlagen nach Absatz 1 werden bei endgültiger Ausserbetriebnahme ersatzlos zurückgebaut und die Ausgangslage wiederhergestellt.

Ausserdem hat der Ständerat Artikel 71a E-EnG, zusammen mit Bestimmungen zu einer Solaranlagepflicht, in ein separates dringliches Bundesgesetz ausgegliedert mit folgender Referendums- und Inkrafttretensbestimmung:

¹ Dieses Gesetz wird dringlich erklärt (Art. 165 Abs. 1 BV). Es untersteht dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV).

² Es tritt am [Tag nach seiner Verabschiedung durch das Parlament] in Kraft und gilt bis zum 31. Dezember 2025.

Der Ständerat geht damit davon aus, dass Artikel 71a E-EnG mit der geltenden Bundesverfassung in Einklang steht.

3 Verfassungsmässigkeit von Artikel 71a E-Energiegesetz

3.1 Energiepolitik (Art. 89 BV)

Nach Artikel 89 Absatz 1 BV setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten "für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch" ein. Die von Bund und Kantonen zu verfolgenden fünf Ziele im Bereich der Energieversorgung sind gleichrangige Ziele; die Bundesverfassung stellt keine Hierarchie innerhalb dieser Ziele auf. Offensichtlich ist, dass zwischen diesen Zielen inhärente Zielkonflikte bestehen, teilweise sogar in-

Aktenzeichen: 665.1-978/53/1

nerhalb der einzelnen Ziele. So spricht z.B. bei der umweltverträglichen Energieversorgung der Teilgehalt "Erhalt der natürlichen Umwelt" *gegen* den Bau von Solaranlagen in der unbebauten Natur, während der Teilgehalt "Ausbau der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien" *dafür* spricht. Die Verfassungsnorm beinhaltet somit den Auftrag an den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden, einen Ausgleich zwischen den sich widerstrebenden Zielen zu finden¹: "So sind etwa Massnahmen, die im Widerspruch zu einem oder mehreren Zielen stehen, ohne die Erreichung anderer Ziele zu befördern, verfassungsrechtlich unzulässig."²

Ergebnis: Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe d E-EnG sieht nun aber vor, dass das Interesse an der Realisierung der genannten Photovoltaik-Grossanlagen allen anderen nationalen und kantonalen Interessen vorgeht. Damit wird ein absoluter Vorrang des Interesses an einer ausreichenden Energieversorgung statuiert, während insbesondere das Interesse an einer umweltverträglichen Energieversorgung (Teilgehalt "Erhalt der natürlichen Umwelt") zu einem nachrangigen Ziel erklärt wird. Dies ist u.E. nicht mit Artikel 89 Absatz 1 BV vereinbar, der die fünf Ziele im Bereich der Energieversorgung als gleichrangig behandelt.

Exkurs: Für eine solche Vorrangerklärung müsste sich der Bundesgesetzgeber auf eine andere Verfassungsbestimmung stützen können wie z.B. Artikel 102 BV (Landesversorgung). Diese Bestimmung erlaubt bei einer unmittelbar drohenden oder bestehenden schweren Mangellage im Rahmen von Interventionsmassnahmen auch verhältnismässige Eingriffe in Bereiche, wo dem Bund ansonsten die Zuständigkeit fehlt.³ Für Vorbereitungsmassnahmen auf eine schwere Mangellage wie z.B. die Vorratshaltung von Mineralöl sind demgegenüber keine solche Eingriffe zulässig.⁴ Die Photovoltaik-Grossanlagen werden gemäss unserem Kenntnisstand nicht bereits im kommenden Winter zur Verfügung stehen. Damit können diese nicht als Interventionsmassnahme beurteilt werden, sondern allenfalls als Vorbereitungsmassnahme, die sich aber an den verfassungsrechtlichen Rahmen halten muss.

3.2 Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV)

Im Zusammenhang mit Artikel 71a E-EnG sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht vor allem die Verpflichtungen zum Natur- und Heimatschutz gemäss Artikel 78 Absätze 2 und 5 BV zu beachten:

1. Nach Artikel 78 Absatz 2 BV hat der Bund "bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes" zu nehmen: Der Bund "schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet". Der Schutzauftrag wird somit durch die Verfassung mit einer Interessenabwägung verbunden, weil sowohl die Erhaltung bestimmter Gebiete und Objekte als auch die Erfüllung der von der Bundesverfassung vorgesehenen Bundesaufgaben, welche Veränderungen der Gebiete und Objekte bedingen können, einem öffentlichen Interesse entsprechen.⁵ Der Bundesgesetzgeber hat diese Verfassungsvorgaben im Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) präzisiert. Nach Artikel 2 NHG gelten als Bundesaufgaben grundsätzlich alle

¹ Vgl. Etienne Poltier in: Vincent Martenet, Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021, Art. 89 Rz. 47 f.; R. Jagmetti in: Komm. aBV, 1995, Art. 24^{octies} Rz. 36.

² Markus Kern in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belsler, Astrid Epiney (Hrsg.), Komm. BV, Basel 2015, Art. 89 Rz. 9 f. und 12.

³ Die Beschaffung der acht mobilen Gasturbinen durch den Bund für den Standort Birr (AG) erfolgte beispielsweise als Interventionsmassnahme nach Landesversorgungsrecht.

⁴ Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 2 Landesversorgungsgesetz (LVG; SR 531).

⁵ Vgl. Arnold Marti in: St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 78 Rz. 7.

Aktenzeichen: 665.1-978/53/1

raumbezogenen Rechtsanwendungsverfahren (Konzessions-, Planungs-, Projektbewilligungs- und Beitragsverfahren), die wesentlich durch das Bundesrecht bestimmt werden.⁶ Relevant für die Interessenabwägung sind die gestützt auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Artikel 78 Absatz 4 BV geschützten Objekte von nationaler Bedeutung im Sinne von Artikel 5 NHG, welche der Bundesrat in Bundesinventaren bezeichnet hat. In Artikel 6 Absatz 2 NHG wurde die in der Verfassung vorgesehene Pflicht zur Interessenabwägung konkretisiert, danach darf "ein Abweichen von der ungeschmälerter Erhaltung (der Objekte von nationaler Bedeutung) nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherrangige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen".

Der Bundesgesetzgeber hat im Rahmen des ersten Massnahmenpakets zur Energiestrategie 2050 in der Revision des Energierichts in Artikel 12 Absatz 1 EnG festgelegt, dass die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau von nationalem Interesse sind. Er hat auch festgelegt, dass einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von einem nationalen Interesse sind, welches insbesondere demjenigen nach Artikel 6 Absatz 2 NHG entspricht. Nach der Botschaft des Bundesrats zu dieser Bestimmung "... sollen Energieanlagen mit dem Status «nationales Interesse» gegenüber allen gegenläufigen Interessen gestärkt werden und für die Interessenabwägung, die durchzuführen ist, wenn über ein konkretes Projekt zu befinden ist, eine im Vergleich zu früher besseren Ausgangslage erhalten ..."⁷.

Ergebnis: Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe d E-EnG schliesst die Interessenabwägung im Einzelfall aus, indem er vorwegnimmt, dass das Interesse an der Realisierung von bestimmten Photovoltaik-Grossanlagen den anderen nationalen und kantonalen Interessen vorgeht. Der Entwurf verstösst somit u.E. gegen Artikel 78 Absatz 2 BV, der eine Interessenabwägung im Einzelfall durch die jeweilige Behörde, die für die Planungs-, Konzessions- oder Baubewilligungsverfahren zuständig ist,⁸ vorschreibt.

2. Nach Artikel 78 Absatz 5 BV sind "Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung" geschützt: "Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden". Damit geniessen die Moore und Moorlandschaften einen nahezu absoluten Schutz, der ein grundsätzliches Veränderungsverbot unter Ausschluss einer Interessenabwägung bedeutet.⁹ Das Bundesgericht hat den strengen, sich direkt aus der Verfassung ergebenden Schutz der Moore und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung immer wieder bestätigt und präzisiert.¹⁰

Ergebnis: Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe e des Entwurfs des Ständerats, der einen Vorbehalt zugunsten der Moore und Moorlandschaften nach Artikel 78 Absatz 5 BV vorsieht, ist mit der Verfassung vereinbar.

⁶ Vgl. Arnold Marti, Kommentar zu Art. 78 BV, Rz. 9.

⁷ BBl 2013 7665

⁸ Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 30. Oktober 1996 und Ergänzung vom 26. März 1997 zur Zulässigkeit einer Interessenabwägung bei der Aufnahme eines Objekts ins Inventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung / Möglichkeit einer Relativierung des Moorschutzes durch "zentrale Landesinteressen"; VPB 61.84 II Ziff. 1 Bst. b.

⁹ Vgl. Arnold Marti, Kommentar zu Art. 78 Abs. 5 BV, Rz. 22.

¹⁰ Vgl. Arnold Marti, Kommentar zu Art. 78 Abs. 5 BV, Rz. 22.

4 Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz

Auch auf internationaler Ebene hat die Schweiz die Ziele zur Förderung der Landschaftspflege und des Landschaftsschutzes anerkannt¹¹. Sie hat sich ausserdem verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, um diese Ziele zu erreichen¹². Das Landschaftsübereinkommen belässt den Staaten jedoch einen wichtigen Handlungsspielraum, so soll insbesondere die Umsetzung mit der jeweils eigenen Politik abgestimmt sein (Art. 4). Es ist vertretbar, davon auszugehen, dass der Vorrang, den Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe d E-EnG dem öffentlichen Interesse an der Stromerzeugung für eine Reihe von Projekten einräumt, innerhalb dieses Handlungsspielraums bleiben würde.

Die Schweiz hat auch die Alpenkonvention ratifiziert, deren Ziel der Schutz der Alpen ist¹³. Die Konvention sieht die Verpflichtung der Vertragsstaaten vor, eine ganzheitliche Politik zur Erhaltung der Alpen sicherzustellen (Art. 2 Par. 1). Dieser Artikel schreibt eine Reihe von allgemeinen Verpflichtungen vor (Art. 2 Par. 2), um dieses Ziel zu erreichen. Von den Staaten wird insbesondere erwartet, dass sie geeignete Massnahmen zur sparsamen und rationellen Nutzung des Raums (Art. 2 Par. 2 Bst. b), zur Verminderung der quantitativen und qualitativen Bodenbeeinträchtigungen (Art. 2 Par. 2 Bst. d) und zur Durchsetzung einer natur- und landschaftsschonenden, umweltverträglichen Energieerzeugung (Art. 2 Par. 2 Bst. k) ergreifen. Diese allgemeinen Verpflichtungen werden durch Protokolle ergänzt, welche spezifische Massnahmen zur Umsetzung enthalten. Die Schweiz hat zum heutigen Zeitpunkt keines der Protokolle ratifiziert und ist somit nur an die allgemeinen Verpflichtungen nach Art. 2 Par. 2 der Konvention gebunden. Die Lehre ist sich in Bezug auf den bindenden Charakter dieser Bestimmung nicht einig¹⁴, und die Rechtsprechung hat sich dazu noch nicht geäussert. Käme man zum Schluss, Art. 2 Par. 2 Bst. k der Alpenkonvention schreibe für Energieprojekte im Alpenraum eine konkrete Interessensabwägung mit den Interessen des Umweltschutzes vor, würde diese Verpflichtung mit Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe d E-EnG in Konflikt stehen. Diese Frage muss jedoch offen bleiben.

Die Schweiz ist auch Vertragspartei der Aarhuskonvention¹⁵. Sie ist somit an die Verpflichtung gebunden, die Öffentlichkeit zu informieren und deren Mitwirkung an umweltbezogenen Projekten zu gewährleisten. Artikel 6 sieht eine aktive Mitwirkung der Bevölkerung bei der Erarbeitung einer Reihe von Projekten vor, die in Anhang I aufgelistet sind. Punkt 20 von Anhang I schliesst in den Geltungsbereich von Artikel 6 die Installationen ein, die nach innerstaatlichem Recht einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterstellt sind. Nach schweizerischen Recht unterstehen Photovoltaikanlagen mit einer Leistung über 5 MW einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach Punkt 21.1 des Anhangs zur UVPV¹⁶. Der Ausschluss der Verpflichtung zur Umweltverträglichkeitsprüfung für die nach Artikel 71a E-EnG vorgesehenen Anlagen wäre eine Abweichung, die mit dem Handlungsspielraum, der in Artikel 6 Par. 1 Bst. a der Aarhuskonvention vorgesehen ist, u.E. vereinbar wäre. Dagegen sind Anlagen, die "erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt" haben können, den Anforderungen nach Art. 6 Par. 1 Bst. b der Aarhuskonvention unterstellt, auch wenn diese von der Verpflichtung zur Umwelt-

¹¹ Convention du Conseil de l'Europe du 20 octobre 2000 sur le paysage (RS 0.451.3 ; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2013/329/fr>).

¹² Voir articles 3, 5 et 6 de la Convention sur le paysage, citée *supra*.

¹³ Convention du 7 novembre 1991 sur les Alpes (RS 0.700.1 ; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2003/389/fr>).

¹⁴ Voir par exemple Sidi-Ali Kain, La Convention alpine vue au travers de la protection des biotopes, in : Droit de l'environnement dans la pratique 2005, p. 656, considère que l'article 2, par. 2 est manifestement inapplicable, mais que la Suisse est liée aux protocoles selon le principe de la bonne foi. Au contraire, Boulaz David, La protection du paysage, Berne 2017, p. 68 considère que l'article 2, par. 2 contient des exigences qui contraignent les autorités suisses dans leur politique d'aménagement du territoire et de protection du paysage.

¹⁵ Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (RS 0.814.07 ; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2014/235/fr>).

¹⁶ Verordnung vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (SR 814.011)

Aktenzeichen: 665.1-978/53/1

verträglichkeitsprüfung befreit sind. Deshalb wird die Pflicht zur Offenlegung der Umweltauswirkungen von Anlagen, die unter Artikel 71a E-EnG fallen, erfüllt werden müssen, um den Anforderungen der Aarhus-Konvention zu genügen. Es wird Aufgabe des Bundesrates sein, bei der Ausarbeitung der Ausführungsbestimmungen darauf zu achten, das Verfahren so zu organisieren, dass die Verpflichtungen aus Artikel 6 der Konvention trotz Fehlens der Umweltverträglichkeitsprüfung eingehalten werden.

Artikel 8 sieht die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung rechtlich bindender Vorschriften, die erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben können, mittels dreier Anforderungen vor: 1) die Festlegung ausreichender Fristen, um eine effektive Beteiligung zu ermöglichen, 2) die Veröffentlichung des Entwurfs des Rechtsaktes und 3) die Möglichkeit der Öffentlichkeit, sich zum Entwurf äussern zu können. Artikel 8 verfolgt das Ziel, die Mitwirkung zu fördern, "solange die Optionen noch offen sind". Die Lehre versteht dies als Mindestanforderungen an die Berücksichtigung der Volksmeinung bei der Ausarbeitung von Rechtsakten¹⁷, und die Autoren sind der Ansicht, dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene diese Anforderungen erfüllt.¹⁸ Die Frage der Vereinbarkeit ist hingegen bei Rechtsakten, deren Verabschiedung auf einem anderen Weg als dem des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erfolgt, nicht entschieden. Ausserdem ist aufgrund der Formulierung von Artikel 8 nicht sicher, ob dieser direkt anwendbar ist,¹⁹ und falls er es wäre, wäre es denkbar, das Referendum als ausreichend zur Erreichung des Ziels einer effektiven Mitwirkung bei der Normsetzung zu betrachten.²⁰

5 Schlussfolgerungen

U.E. ist Artikel 71a E-EnG gemäss Beschluss des Ständerats vom 15.09.2022 aus folgenden Gründen nicht mit der Bundesverfassung vereinbar:

1. Der absolute Vorrang des Interesses an der Realisierung der genannten Photovoltaik-Grossanlagen vor allen anderen Interessen steht u.E. im Widerspruch zu Artikel 89 Absatz 1 BV, der fünf gleichrangige Ziele der Energieversorgung nennt, nämlich eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung. Mit Artikel 71a Absatz 1 Buchstabe d würde ein absoluter Vorrang der ausreichenden Energieversorgung gegenüber insbesondere dem Interesse an einer umweltverträglichen Energieversorgung, Teilgehalt "Erhalt der natürlichen Umwelt", statuiert. Letzteres Interesse würde dadurch zu einem nachrangigen Interesse erklärt, was u.E. Artikel 89 Absatz 1 BV widerspricht, der keine Hierarchie zwischen den fünf dort genannten Interessen beinhaltet, sondern diese als gleichrangig behandelt.
2. Im Weiteren verletzt der absolute Vorrang des Interesses an der Realisierung der genannten Photovoltaik-Grossanlagen die von Artikel 78 Absatz 2 BV verlangte Interessenabwägung im Einzelfall.

Damit ist der Erlass von Artikel 71a E-EnG ohne Verfassungsänderung grundsätzlich unzulässig. Entscheidet das Parlament, an Artikel 71a E-EnG in der Fassung gemäss Ständerat

¹⁷ Voir Epiney Asrid/Scheyli Martin, Aarhus-Konvention Hand-Kommentar, p. 256 s.

¹⁸ Voir Epiney Asrid/Scheyli Martin, Aarhus-Konvention Hand-Kommentar, p. 88 s.

¹⁹ Le début de l'article se lit comme suit : "Chaque Partie s'emploie à promouvoir (...)"; voir aussi Epiney Asrid/Scheyli Martin, Aarhus-Konvention Hand-Kommentar, p. 257 s.

²⁰ Voir les Recommandations de Maastricht du 29 janvier 2015, élaborées par l'Equipe spéciale de la Convention d'Aarhus suite à la demande des Parties, points 184 et suivants (https://unece.org/DAM/env/pp/mop5/Documents/Post_session_docs/ece_mp_pp_2014_2_add.2_fre.pdf).

Aktenzeichen: 665.1-978/53/1

festzuhalten, steht das Vorgehen nach Artikel 165 Absatz 3 BV offen.²¹ Diese Bestimmung gestattet den Erlass eines dringlichen Bundesgesetzes, das *keine* Verfassungsgrundlage hat. Die Bestimmung zielt ab auf Fälle, in denen dem Bund eine Kompetenzgrundlage oder die wegen eines Verfassungsvorbehalts erforderliche Ermächtigung (Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) fehlt.²²

Die Inanspruchnahme des Verfahrens von Artikel 165 Absatz 3 BV durch die Bundesversammlung unterliegt zwei Voraussetzungen:

- Erstens muss die Bundesversammlung das dringlich erklärte Bundesgesetz befristen. Die Verfassung legt die Dauer der **Befristung** (Art. 165 Abs. 3 zweiter Satz BV) nicht fest. Unter der alten Bundesverfassung, die ebenfalls keine Frist festlegte, betrug die Geltungsdauer in der Praxis weniger als ein Jahr bis maximal vier Jahre²³. Die Befristung des **Entwurfs 4** bis zum 31. Dezember 2025 **genügt diesem Erfordernis**.
- Zweitens untersteht das dringlich erklärte Bundesgesetz der **obligatorischen Zustimmung von Volk und Ständen**. Es "tritt ein Jahr nach der Annahme durch Bundesversammlung ausser Kraft, wenn es nicht innerhalb dieser Frist von Volk und Ständen angenommen wird" (Art. 165 Abs. 3 erster Satz i.V. m. Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV). Bei Ablehnung besteht ein Erneuerungsverbot (Art. 165 Abs. 4 BV). Wird das dringliche Bundesgesetz ohne Verfassungsgrundlage an der Urne abgelehnt, ist für eine Erneuerung die Verfassung entsprechend anzupassen.²⁴

Die Referendums- und Inkrafttretensbestimmung müsste dabei wie folgt gefasst werden:

"II

¹ Dieses Gesetz wird dringlich erklärt (Art. 165 Abs. 1 BV). Es wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet (Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV).

² Es tritt am [Tag nach seiner Verabschiedung durch das Parlament] in Kraft und gilt bis zum 31. Dezember 2025."

Vor dem Hintergrund der energie- und versorgungspolitischen Stossrichtung des Entwurfs 4 des Ständerats **sollte mittelfristig zudem diskutiert werden**, ob die Gesetzgebung über Anlagen von gesamtschweizerischer Bedeutung zur Erzeugung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien nicht zur Zuständigkeit des Bundes erklärt werden sollte. Vorzubehalten wären insbesondere der kantonale Wasserzins und allfällige kantonale Abgaben zur Nutzung des öffentlichen Grunds. Mit einer solchen, neuen Kompetenzbestimmung auf Verfassungsebene würde der Bund wie im Bereich der Nationalstrassen (Art. 83 Abs. 2 BV), Eisenbahnen (Art. 87 BV), Kernenergieanlagen (Art. 90 BV), Rohrleitungen (Art. 91 Abs. 2 BV) etc. die Kompetenz erhalten, ein Plangenehmigungsverfahren durch den Bund vorzusehen, unter Ausschluss kantonaler Bewilligungen und Konzessionen, wobei den Kantonen der Ertrag des Wasserzinses und ein allfälliger Bodenzins aber weiterhin zustehen würde.

²¹ Allerdings fehlt in der Lehre eine Auseinandersetzung dazu, ob Art. 165 Abs. 3 BV eine Abweichung von Bestimmungen des 3. Titels wie Art. 78 Abs. 2 und 89 Abs. 1 BV abdeckt. Anerkannt ist, dass ein vom Kompetenzkatalog und vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichendes dringliches Gesetz ohne Verfassungsgrundlage zulässig wäre, vgl. statt vieler Giovanni Biaggini, Kommentar zu Art. 165 BV, Rz. 11. Hingegen ist umstritten, ob auch ein Abweichen von materiellen Vorgaben erlaubt sein soll, vgl. zu den Meinungen David Rechsteiner, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen - unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, St. Gallen, Rz. 360. Auch im Rahmen einer Abweichung sind indessen die rechtsstaatlichen Grundsätze zu beachten wie das Diskriminierungs- und das Willkürverbot sowie die Voraussetzung für die Einschränkung von Grundrechten, vgl. Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall, Alexandre Flückiger, Droit constitutionnel suisse, Bd. 1, Rz. 1561.

²² Vgl. Giovanni Biaggini, Kommentar zu Art. 165 BV, Rz. 11.

²³ Vgl. www.bk.admin.ch > Politische Rechte > Gebrauch der Volksrechte > Übersicht dringliche Bundesbeschlüsse und -gesetze > Dringliche Bundesbeschlüsse ohne Verfassungsgrundlage (nach Art. 89^{bis} Abs. 3 aBV).

²⁴ Vgl. Judith Wytenbach, Basler Kommentar zu Art. 165 BV, Rz. 23.